

Kippt die Kommission die Braunkohle-Entschädigung?

Julian Senders

2021-06-14T16:06:16

Entschädigungszahlungen der Bundesregierung für die Stilllegung von Braunkohlekraftwerken stehen schon seit einiger Zeit im Fokus der öffentlichen Debatte. Die Bundesregierung hat im vergangenen Jahr die Konditionen und insbesondere die Entschädigungszahlungen für einen Braunkohleausstieg mit den einzelnen Braunkohleanlagen- und Tagebaubetreibern ausgehandelt. Im Februar 2021 wurde ein solcher öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Betreibergesellschaften geschlossen.

Schon lange vor dem Vertragsschluss wurde an dem gewählten Instrument des öffentlich-rechtlichen Vertrags [grundsätzliche Kritik geübt](#). Die EU-Kommission hat [Zweifel an der EU-Rechtskonformität der Entschädigungszahlungen geäußert](#) und mit [Eröffnungsbeschluss vom 02.03.2021](#) ein förmliches Prüfverfahren eingeleitet. Ende April haben sich mehrere Kommunalversorger gegen die Höhe der Entschädigungszahlungen an RWE (2,6 Mrd. Euro) an die EU-Kommission gewandt. Was die konkreten Entschädigungszahlungen an die LEAG (1,75 Mrd. Euro) angeht, gab es schon zuvor [erhebliche Zweifel](#): Die Abschaltkosten des Ausstiegspfadcs würden nahezu denjenigen gleichen, die betriebswirtschaftlich ohnehin geplant waren, sodass die Entschädigung in voller Höhe kaum zu begründen sei. Zudem sei die Abgrenzung derjenigen Tagebaufolgekosten, die die Betreiber ohnehin bergrechtlich zu tragen hätten, von den tatsächlichen Mehrkosten infolge der vorzeitigen Stilllegung unklar.

Diese Entschädigungshöhen gehen dabei nicht aus dem Vertrag hervor, sondern wurden in § 44 Abs. 1 des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes festgeschrieben, worauf im Vertrag Bezug genommen wird. Zudem ist geregelt, dass die Entschädigungen zur rechtzeitigen Abdeckung der Tagebaufolgekosten zu verwenden sind.

Entschädigungen als Beihilfe?

Aus Sicht des Unionsrechts fragt sich zunächst, ob es sich bei den Entschädigungszahlungen um verbotene Beihilfen i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt. Hiernach sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar (und damit verboten). Dabei wird unter Beihilfe jeder aus staatlichen Mitteln gewährte geldwerte Vorteil, dem keine angemessene Gegenleistung (Kompensation) gegenübersteht, verstanden. Fraglich ist hier vor allem, ob nicht mit der Stilllegung selbst eine angemessene Gegenleistung besteht. Die Entschädigungen erfolgen nach dem Vertrag „für die endgültige und

sozialverträgliche Stilllegung“. Aus der Rechtsprechung des EuGH (Rs. [Astéris](#)) und des EuG (Rs. [Nuova Terni Industrie Chimiche SpA](#)) wird abgeleitet, dass Entschädigungszahlungen grundsätzlich nicht als Beihilfe anzusehen sind: es fehlt an der Begünstigungswirkung, wenn das Unternehmen den zur Entschädigung führenden Nachteil im Zuge des normalen Geschäftsablaufs nicht hinnehmen müsste. Es kommt – wie die Kommission schon im [Micula](#)-Beschluss ausformuliert hat – daher darauf an, ob die geleistete Entschädigung diesem Nachteil der Höhe nach entspricht oder aber geldwerte Zuwendungen gewährt werden, die das Unternehmen bei Marktbedingungen nicht erwirtschaften könnte.

Herangehensweise der Kommission

Eine der entscheidenden Fragen, vor denen die Kommission nun steht, ist daher, inwieweit sich aus Art. 14 GG ein solcher Anspruch auf Entschädigung ergeben würde. Bei Inhalts- und Schrankenbestimmungen, wie die Stilllegungsverpflichtung sie darstellt, sind nach der Rechtsprechung des BVerfG – anders als im Falle der Enteignung – Entschädigungen nur zu zahlen, wenn ansonsten eine außergewöhnliche Belastung oder eine unzumutbare Härte eintreten würde. Es ist zweifelhaft, dass diese Situation bei allen – und vor allem bei den bereits abbeschriebenen zu entschädigenden Anlagen vorliegt. Im Übrigen stellt sich die Frage nach der konkret im nationalen Recht vorgeschriebenen Höhe. Die Kommission entnimmt der Aussage der Bundesregierung, die Entschädigungen seien (auch) ein Ausgleich für die entgangenen Gewinne, dass diese über einen Ausgleich für nicht amortisierte Investitionskosten hinausgehen. Dabei sehe das deutsche Recht in den Augen der Kommission nicht einmal einen abschließenden Schutz nicht amortisierter Investitionen vor. Eine Überkompensation erscheine daher „sehr wahrscheinlich“ (Rn. 107).

Im Ergebnis nimmt die Kommission deswegen eine Beihilfe an (Rn. 114). Sie unterscheidet auch nicht zwischen dem nach nationalem Recht als Entschädigung zu zahlenden Teil und dem überschießenden Teil. Aus rechtsdogmatischer Sicht wäre jedenfalls eine entsprechende, klarstellende Formulierung wünschenswert gewesen, dass derjenige – noch zu bestimmende – Teil der Zahlung, der tatsächlich vor den Gerichten als Entschädigung einklagbar wäre, von vornherein nicht unter die Rechtfertigungsprüfung fällt.

Das Vorgehen, insgesamt eine Beihilfe anzunehmen, ist nach Grundsätzen der *Altmark Trans*-Entscheidung des [EuGH](#) (Rn. 90) und der Kommissionsentscheidung in Sachen [Arfea](#) (Rn. 50) aber nachvollziehbar: schon das Fehlen von im Vorherein festgelegter, transparenter Kriterien zur Ermittlung der Ausgleichszahlung zur Vermeidung einer verschleierten Überkompensation könnte hier zur Annahme einer Beihilfe geführt haben. Die Kriterien wurden zwar für den Fall von Ausgleichszahlungen an Unternehmen formuliert, denen gemeinwirtschaftliche Pflichten (Daseinsvorsorge) auferlegt wurden. Sie scheinen hier vor dem Hintergrund des Allgemeinwohlzwecks der Stilllegung aber übertragbar zu sein.

Da die Kommission diese Unterscheidung nicht im Eröffnungsbeschluss trifft, behandelt sie die Frage der Abgrenzung der Tagebaufolge-Mehrkosten von den

ohnehin bergrechtlich von den Betreibern zu tragenden Tagebaufolgekosten lediglich in der Rechtfertigungsprüfung. Tatsächlich hat diese Abgrenzung aber bereits Auswirkungen auf die Bejahung der Beihilfeeigenschaft, denn der Ausgleich für echte, infolge der Stilllegung entstehende Mehrkosten bei den Tagebauen würde keine Beihilfe darstellen. Es ist daher zu hoffen, dass im finalen Beschluss eine präzisere Unterscheidung zwischen Beihilfetatbestand und Rechtfertigung erfolgen wird.

Rechtfertigung nach Art. 107 Abs. 3 AEUV?

Die Kommission prüft sodann die Rechtfertigung anhand von Art. 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV. Hiernach können Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete als gerechtfertigt angesehen werden, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. Der Kommission kommt dabei ein Ermessen zu. Eine Konkretisierung des Ermessens durch die Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien 2014-2020 (UEBLL) besteht für Stilllegungsbeihilfen nicht.

Eine Prüfung anhand des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV scheint den Wortlaut der Ausnahme von vornherein überzustrapazieren. Der betreffende Wirtschaftszweig soll, wie auch [ClientEarth richtigerweise einwendet](#), gerade abgewickelt werden. Die Kommission, die an dieser Stelle eine Subsumtion unterlässt (Rn. 116 ff.), stützt sich wohl vor allem deswegen auf die Vorschrift, weil sie dabei – im Vergleich zu Art. 107 Abs. 3 Buchst. b) AEUV – auf eine umfassende Rechtsprechung und Beschlusspraxis zurückgreifen kann. Auch wenn sich argumentieren ließe, dass die Maßnahme indirekt dem Wirtschaftszweig „Erneuerbare Energien“ zugutekommt, hat der EuGH (Rs. [C-594/18P](#), Rn. 61 f., 78) zuletzt jedoch ein restriktives Verständnis des Begriffs des Wirtschaftszweiges bestätigt. Ferner müsste sich die übrige Prüfung der Kommission konsequenterweise am Ziel der Förderung erneuerbarer Energieerzeugung orientieren, was sie nicht tut. Eine Prüfung anhand des Art. 107 Abs. 3 Buchst. b) AEUV erscheint somit naheliegender.

Die Kommission prüft sodann auch nicht, inwieweit die Maßnahme einen Beitrag zu einem klar definierten Ziel von gemeinsamem Interesse darstellt – dies ist nach der neueren Rechtsprechung des EuGH (Rs. [C-594/18P](#), Rn. 20) und entgegen einer auch im Schrifttum rezipierten vorherigen Entscheidungspraxis der Kommission keine Voraussetzung im Rahmen des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV. Allerdings kommt hierdurch ein interessanter Aspekt der Entschädigungszahlungen bei der rechtlichen Würdigung nicht zur Geltung: Im Vertrag erklären die Kraftwerksbetreiber den Verzicht auf nahezu alle Rechtsbehelfe einschließlich der Investitionsschutzklagen nach dem [umstrittenen](#) Energiecharta-Vertrag. Die Bundesregierung versteht diesen Rechtsbehelfsverzicht als Gegenleistung für die Entschädigung. Rechtssicherheit sei ein „Wert an sich“ (Rn. 89). Dass mit dem Verzicht auf Rechtsschutz und damit der beiderseitigen Rechtssicherheit aufseiten von Bundesregierung und Kraftwerksbetreibern ein (klar definiertes) Ziel von gemeinsamem Interesse gefördert wird, ist aber zweifelhaft. Ohne diesen Verzicht würden die Kraftwerksbetreiber ihre Entschädigungen einklagen; dass eingeklagte Entschädigungszahlungen die gewährten Entschädigungen höhenmäßig

übersteigen würden, ist aber kaum anzunehmen. Nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. b) AEUV wäre schon deswegen die Beihilfe jedenfalls insoweit ungerechtfertigt.

Insbesondere: Angemessenheit

Die Kommission geht stattdessen zu einer allgemeinen Abwägung über (Rn. 118) und sammelt ihre Bedenken hinsichtlich der Entschädigungshöhe unter dem Prüfungspunkt „Angemessenheit“. Sie bemängelt, dass die entgangenen Gewinne weit in die Zukunft reichen und bezweifelt die Richtigkeit der Prognosen hinsichtlich der potenziellen Betriebsdauer der Kraftwerksblöcke und hinsichtlich der angelegten Brennstoff- und CO₂-Preise sowie des auf die entgangenen Gewinne angewandten Diskontierungszinssatzes von 7,5%. Entsprechende Bedenken hinsichtlich dieses Zinssatzes – auch mit Blick auf dessen Intransparenz – wurden kürzlich auch während einer [Plenardebatte im Bundestag](#) geäußert.

Die Prognose der Bundesregierung, die letzte Anlage von LEAG/RWE würde 2061 stillgelegt werden, berücksichtige zudem nicht, dass die Einhaltung künftig strengerer Emissionsanforderungen für einige Anlagen nicht mehr wirtschaftlich sein und zu einer vorzeitigen Stilllegung führen würde. Dies zu entschädigen liefe wiederum auf einen allgemeinen Vertrauensschutz vor künftigen Rechtsänderungen hinaus, der nach dem deutschen Recht nicht gegeben ist.

Wie wird es ausgehen? Neue Entwicklungen im Beihilferecht

Wie wird die Kommission in diesem Fall entscheiden? Es ist klar, dass die Kommission sich anlagenscharf mit den genauen ökonomischen Daten und mit den Tagebaufolgekosten auseinandersetzen müssen wird. Die vollständige Datengrundlage fehlt bislang. Zudem: Wie lange ein Kraftwerksbetrieb bzw. ein Tagebau wirtschaftlich rentabel ist, ist zuvörderst eine Frage ökonomischen Sachverständes und politischer Prognose, die sich an dieser Stelle ohnehin nicht beantworten lässt. Schon deswegen kann der finalen Entscheidung der Kommission nicht in seriöser Weise vorgegriffen werden.

Dennoch lassen die neuesten Entwicklungen im Beihilferecht erahnen, worum es der Kommission am Ende gehen könnte. Am 7. Juni 2021 hat die Kommission eine öffentliche Konsultation zu den überarbeiteten Klima-, Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien (KUEBLL) gestartet. Der [Entwurf](#) der neuen, konsultierten Fassung sieht dabei nun auch einen ganzen Abschnitt zu Stilllegungsbeihilfen vor („*Aid for coal, peat and oil shale closure*“, Abschnitt 4.12, Nr. 367 ff.).

In Nr. 373 der KUEBLL heißt es:

„The closure of the coal [...] activities shall occur no later than one year from the award of the compensation, unless a correction mechanism is in place to update the calculation based on most recent assumptions“.

Dies wird in Nr. 377 im Rahmen der Ausführungen zur Angemessenheit in ähnlicher Weise wiederholt. Es besteht sodann zwar auch die Möglichkeit einer ausnahmsweisen Rechtfertigung einer späteren Schließung ohne Korrekturmechanismus. Dass dies aktuell für einen Zeitraum über 2030 hinaus akzeptiert würde, ist indes kaum anzunehmen. Die Beihilfe soll also möglichst nicht für eine Stilllegung geleistet werden, die in ferner Zukunft stattfinden wird.

Auch was den Rechtsmittelverzicht angeht, gibt es in den KUEBLL Hinweise: In Nr. 374 erkennt die Kommission zwar das Streben nach Rechtssicherheit an, hält aber zugleich eine Geldleistung zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten per se für eine rechtfertigungsbedürftige Beihilfemaßnahme.

Dies alles liest sich so, als hätte der vorliegende Fall die Kommission zu den Ausführungen in den KUEBLL inspiriert – ihre Probleme mit der langfristigen Prognose hat die Kommission auch im vorliegenden Eröffnungsbeschluss formuliert. Dass der KUEBLL-Entwurf noch in der Konsultation ist, kann dabei nicht schaden: die Leitlinien stellen keinen außenverbindlichen Rechtsakt dar. Sie stellen nur die Lesart des Beihilferechts durch die Kommission dar und sind allenfalls ermessenskonkretisierend. In puncto Stilllegungsbeihilfen gab es bislang keine anderweitigen ermessenskonkretisierenden Leitlinien, sodass eine Heranziehung der neuen Grundsätze durch die Kommission schon jetzt erfolgen kann und wird.

In Anbetracht der Ausführungen der Kommission in den neuen KUEBLL erscheint es somit nicht unwahrscheinlich, dass die Kommission ein starkes Augenmerk auf die Abgrenzung von Tagebaufolgekosten und echten Mehrkosten legen wird und, was die Langfristprognosen der Bundesregierung angeht, zumindest einen nachvollziehbaren Korrekturmechanismus fordern wird.

